



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO DE MARABÁ

NAHARA JULYANA LIMA DOS SANTOS

O DEVER DE INDENIZAR NO ABANDONO AFETIVO PATERNO

Marabá

2013

Nahara Julyana Lima dos Santos

O DEVER DE INDENIZAR NO ABANDONO AFETIVO PATERNO

Monografia apresentada à Universidade Federal do Pará como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Ms. Olinda Magno Pinheiro.

Nahara Julyana Lima dos Santos

O DEVER DE INDENIZAR NO ABANDONO AFETIVO PATERNO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Pará, Campus Marabá, como um dos pré-requisitos para à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

Nota/Conceito: _____

Banca Examinadora

Marabá
2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar por ter me proporcionado esta vida tão cheia de belezas e boas oportunidades que me trouxeram até aqui.

Agradeço a minha mãe **Nilsa Lima**, pedagoga, que me ensinou desde cedo o valor dos estudos e da força de vontade de vencer, segurando minha mão em cada um dos meus passos. Obrigado mãe, por ter me ensinado acima de tudo que filho não se abandona.

Agradeço ao meu pai **Wachiton Mota** que mostrou que nem todos os filhos descendem do sangue, alguns nascem simplesmente do amor. Obrigado pai por ter me aceitado com tanta dedicação como sua filha do coração.

Ao meu noivo **Robson Franco** por me auxiliar sempre que precisei, e a me incentivar a estudar mais, a me aplicar mais, a conseguir mais, e a me amar, todo o tempo, o tempo inteiro, de uma forma tão bela.

Agradeço ainda a minha orientadora e professora **Olinda Magno**, que com calma e paciência impar acompanha as turmas de Direito ao longo de nossos anos de curso. Especialmente quanto à turma 2009, a minha turma, com a qual a mesma veio trabalhando desde Direito Civil I e que posso dizer, é muito querida por todos ali.

Obrigado professora por ter me dito desde o primeiro momento (que eu me lembro, foi ainda no começo no curso) que este era um bom tema de monografia.

RESUMO

O presente estudo tem como foco buscar a fonte do direito indenizatório quando decorrente do abandono afetivo, partindo de uma leitura humana e legal sobre o tema.

Elucidar, a luz das relações pessoais e sociais, seja do indivíduo, seja do seu grupo familiar, o melhor interesse do menor e, enquanto pessoa em desenvolvimento, a sua formação em um cidadão.

Avaliar o dever legal de indenizar, a luz da doutrina, jurisprudência e legislação sobre o tema, abordando os elementos básicos do instituto da indenização, sendo: nexos de causalidade, dano e culpa do agente, sempre partindo de uma leitura avaliada do ponto de vista especial do abandono afetivo paterno.

Analisar a figura do pai no seio familiar, as novas concepções de família, e o modelo familiar moderno, sem se afastar do tema central, abordando ainda neste ponto, até onde faz-se mister o envolvimento paterno, ou da figura paterna, na formação desse ser.

Palavra-chaves: Afetividade. Princípios Constitucionais. Ato ilícito.

ABSTRACT

The present study focuses on seeking the source of law indemnification as a result of emotional distance , from a legal and human readable on the topic .

Elucidating the light of personal and social relations , is the individual , is in their family group , the best interests of the child and , as a person in developing their training in a citizen .

Assess the legal duty to indemnify, the light of the doctrine , jurisprudence and legislation on the subject , covering the basic elements of the institute of compensation , as follows: causation, injury and fault of the agent , always starting from a reading assessed from the point of view special affective paternal abandonment .

Analyze the father figure in the family , new conceptions of family, and model modern family , without departing from the central theme , also addresses this point , as far as it is mister father involvement , or father figure , the formation of this being.

Key word : Affection . Constitutional Principles . Illicit Act .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	11
2.1 O ABANDONO AFETIVO E A AUTONOMIA DA VONTADE.....	13
3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO CASO.....	17
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O VALOR DA CAUSA ..	17
3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DELIMITAÇÃO DO <i>QUANTUM</i>	22
4 DO DEVER DE INDENIZAR.....	27
4.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	27
4.2 DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL.....	29
4.3 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO.....	30
4.3.1 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO QUANDO HÁ PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.....	32
4.3.2 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO QUANDO NÃO HÁ PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.....	33
4.4 DISPOSIÇÕES PENAS ACERCA DO TEMA.....	34
4.4.1 ART. 244 DO CÓDIGO PENAL: CRIME DE ABANDONO MATERIAL.....	34
4.4.2 ART. 246 DO CÓDIGO PENAL: CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL.....	35
5 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO.....	37
5.1 PL 4294.2008.....	37
5.2 PLS (PROJETO DE LEI DO SENADO) 700.07.....	39
6 JURISPRUDENCIA SOBRE O TEMA: STJ Resp nº 1.159.242-SP, Relª Minª Nancy Andrichi, DJe 10.05.12.....	44
7 CONCLUSÃO.....	46
8 BIBLIOGRAFIA.....	48

1 INTRODUÇÃO

Não é nova a questão dos embates acerca de direitos subjetivos envolvendo o viés de afeto e convivência, desde o antiquíssimo instituto do casamento vislumbra-se a atuação do Estado na vida privada, tutelando o estado civil, e a forma do que seria social e legalmente uma família. Depois viriam os complicados processos de separação, passando pela divisão de bens, até a “simplicidade” do divórcio da EC 66/2010.

Aqui sempre se viu o embate judicial não apenas de direito patrimoniais, mas de sentimentos, via de regra, feridos. O sentimento quase sempre coloca o direito em cheque, seja como a formação e reconhecimento de novos modelos de família, de novas concepções da sociedade em torna de um padrão “legal” de famíliae de vida em sociedade, com as mudanças sociais, vêm também as mutações legais, sejam elas positivadas ou tão somente consuetudinárias.

O direito tem que se moldar de forma a acompanhar essa dinâmica social, esta mudança, de forma a tutelar os direitos, sejam patrimoniais, sejam morais destas novas situações, tão multiformas que são levadas ao judiciário.

Um destes temas, delicados e complicados, é o da indenização proveniente do abandono afetivo paterno. Poucos não são os casos que foram levados à apreciação do judiciário neste sentido, mas raríssimos foram aqueles que, da forma como devem ser, receberam sensibilidade e especial atenção do judiciário na apreciação de seu caso, com o deferimento do pedido, tão cristalino quanto um direito líquido e certo.

Ilustrado em sede constitucional, civil, e extravagante, o dever dos pais em manter os cuidados dos filhos menores, acima do Estado e da sociedade, como abrigo primeiro que este ser em construção encontra quando de seu desenvolvimento pessoal, é de forma vil e absurdamente corriqueira, negligenciado; sem qualquer punição, nem pecuniária, nem restritiva, ao ato covarde, e principalmente, ilegal.

Até pouquíssimo tempo, o entendimento de nossa corte maior era o de não ser possível o acolhimento da indenização por abandono afetivo, posto que o amor/afeto não seria matéria afeita ao direito, não cabendo ao estado tutela-la.

Questiona-se então, como pode neste panorama existir a indenização por dano moral, ora que aqui não se verifica dano concreto, com que se possa objetivamente aferir a lesão sofrida, mas tão somente presumir, por meio do livre convencimento do juiz a partir de provas e testemunhos, que determinada pessoa sentiu-se ofendida em seu mais íntimo e pessoal, sentiu a dor do sofrimento pessoal, do vexame, da segregação, do descaso, da ridicularização e que isto lhe garantiria a indenização respectiva.

Da mesma forma o crime de injúria tutelado no art. 140 do Código Penal que prevê punição com restrição de liberdade àquele que vier a ofender a dignidade de outrem. Ora, como se pode aceitar que possa a dignidade de outrem ser atingida e punida pelo Estado em sua *ultima ratio* se ela não é afeita ao direito? Sim porque afeto, também é dignidade.

Como se poderia informar de forma tão banal que o afeto não implica danos pessoais, o afeto ao seu carro que sofreu um acidente de trânsito e precisa de reparos, o afeto à um bem de valor inestimável, transmitido por várias gerações em sua família e que foi perdido / deteriorado por outrem, uma noiva que tendo se preparado emocionalmente, e esteticamente para àquela que seria a pessoa de sua vida, é abandonada no altar, aquele que perde um ente querido, uma amada parte de si, por erro médico, desastrada conduta humana, ou negligência de quem deveria prover-lhe a tranquila existência, o afeto por manter-se sempre um ótimo credor e ver seu nome indevidamente inscrito no cadastro de maus pagadores quando mantém-se um consumidor exemplar, e aí por diante, das mais infinitas e diversas formas.

Estes casos, não tenho forma alguma de serem completamente ressarcidos (a não ser com a retroação do tempo, o que infelizmente – ou felizmente – ainda não pode ocorrer), arca ao menos com uma forma compensatória em pecúnia a fim de balancear, ao menos em tese, as perdas, e agir de forma didática àquela que tendo ferido o direito moral alheio, não venha a fazê-lo novamente, ou, por descuido que o seja, não deixar que aconteça.

Da mesma forma, o abandono afetivo do menor não poderia ser diferente, posto que sofre, como nenhum outro, o abandono daquele que, por regras que

transcendem a compreensão humana, deveria amar-lhe, cuidar-lhe, manter-lhe, ou pelo ao menos tentar manter-lhe livre de todo o mal.

Neste sentido “A afetividade pode se traduzir como fonte de obrigação jurídica porque significa atenção, imposição de limites, convivência e todos os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente.” (PEREIRA, 2012)

O sentimento de rejeição, de afastamento, de insuficiência, de descaso é avassalador e toma o abandonado de forma completa por longos e longos anos. Sejam quais forem as condições de vida, sejam quais forem as justificativas, aquele que cresce desconhecendo o amor familiar, não importa a forma desta família, cresce sem um pedaço de si mesmo.

De uma forma simples, e até coloquial:

Um pai condenado a indenizar o filho pelo descumprimento da obrigação jurídica de educá-lo certamente se afastará ainda mais do filho. Isto é óbvio! Mas quem opta por entrar na Justiça também já esgotou todas as tentativas de aproximação e deve ter passado toda a vida esperando e mendigando algum afeto deste pai — mães dificilmente abandonam o filho — e este ato é apenas o seu grito de desespero, já que nada mais podia ser feito. Pelo menos ele pôde perguntar oficialmente: Pai, por que me abandonaste? O valor da indenização é simbólico, pedagógico e educativo e até poderia ser destinado a instituições de crianças abandonadas. Não há dinheiro no mundo que pague o abandono afetivo. Isto também é óbvio. (PEREIRA, 2012)

Os sentimentos humanos são de larga monta complicados, a título de verdade simples, pode-se dispensar a alguém uma vida de mais absolutos cuidados e dedicação, sem nunca, no entanto, ter caído de amores. Cuida-se que neste ponto, de forma irretocável: “Amar é faculdade, cuidar é dever!”.(BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.159.242, Relator: Nancy Andrichi, 2012)

Não se trata aqui de desamor, mas de cuidado objetivo, como bem informa SILVA, 2012: “Cuidar e educar a prole é ação de natureza objetiva e isso está explícito no Código Civil. No caso desse descumprimento, pode haver, sim, indenização”.

Nestes termos é que encontramos nesta breve dissertação, apontamentos acerca do dever de indenizar dos pais em relação ao abandono voluntário de seus filhos, o dano gerado pelo ato, o nexó causal entre a conduta do abandono e dos danos causados, e principalmente, o cometimento de ato ilícito, expressamente tutelado como fato gerador de indenização pelo Código Civil brasileiro, além, é claro, de uma leitura a partir dos princípios gerais informados do direito e dos bons costumes.

2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O instituto em tela vem tornando-se discussão recorrente no âmbito jurídico brasileiro, aplicando-se seja à parentalidade enquanto filiação, enquanto união homoafetiva, de união não matrimonial, de desejo de formar novos modelos de família pautados não somente em modelos legais ou clássicos, mas baseados principalmente na ligação afetiva entre as pessoas que a formam.

A despeito de sua aplicabilidade em todos os âmbitos do direito, seja de família, seja civil, seja patrimonial, seja enquanto direito humano, aqui, vamos abordá-lo quanto à ótica do abandono afetivo paterno, avaliando-o ainda enquanto princípio norteador e norma geral de direito, bem como norma que não está à disposição do portador, porquanto é direito também do outro.

LÔBO, 2012 define o princípio da afetividade como “*fato jurídico-constitucional*”, e CACHATE, 2012 complementa:

“Ao passar os olhos na terminologia das palavras *fundamento* e *dignidade*, é de pronta constatação a relevante importância que a dignidade da pessoa humana assume na Constituição. Toda República Federativa do Brasil está calçada, alicerçada, apoiada na respeitabilidade, valorização e nobreza da pessoa humana. Da pessoa humana parte e converge todo o embasamento jurídico-político a ser levado em conta.”

Não caberia, desde já, resistência a aplicabilidade do princípio, posto que *per se* está revestido de caráter normativo-constitucional implícito (tácito).

Ademais, ASCENSÃO *apud* TARTUCE, 2012 buscando conceituar os princípios e inserir desde já a ideia da afetividade como princípio norteador, explica-nos que:

“(...) ‘os princípios são como grandes orientações que se depreendem não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica.’ Eles estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas de que a afetividade constitui um *código forte* no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira.”

Na forma de encontrar o traçado tênue entre “amor” e “afetividade”, faz-se mister dar especial destaque à passagem de TARTUCE, 2012:

“De início, para os devidos fins de delimitação conceitual deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto que dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa.

(...) O afeto tem valor jurídico ou, mais que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral”

Ainda citando TARTUCE, 2012, temos *apud* CALDERON, 2011:

“Parece possível sustentar que o direito deve laborar com a afetividade. E que sua atua consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.”

Neste mesmo sentido MADALENO, 2012, pág. 27 dispõe:

“Dentre os inescusáveis deveres dos pais figura o da assistência moral, psíquica e afetiva, e quando um deles deixa de exercer o verdadeiro, o mais sublime de todos os sentidos da paternidade ou da maternidade, certamente afeta a higidez psicológica do descende rejeitado.”

Continuando a brilhante explanação sobre o tema, acrescenta que:

“Embora possa ser dito que não há como o judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o poder não pode se omitir de se pronunciar contra o covarde e incompreensível gesto de rejeição dos filhos e aqueles que se descurem dos seus deveres de cuidado para com a prole por eles gerada, mormente constando no art. 227 da CF ser obrigação dos pais assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Justamente neste sentido se pronunciou o STJ, pelo voto da relatora Min. Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.159.242 SP (DJE 10/05/12), ao mencionar não se tratar de obrigação paterna amar, mas de imposição legal cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas gerarem ou adotarem filhos. Aduziu a ministra ainda que o amor é pura motivação, questão que foge os lindes legais, mas o cuidado é dever concreto e pode ser juridicamente tutelado.”

Colocando, pois em xeque o pensamento de que não seria dever o Estado tutelar o “amor” porquanto fugiria dos deveres do mesmo, interferindo de forma vil e demasiada na esfera privada do indivíduo, como alguns autores fazem crer (neste sentido: COCHLAR e RODRIGUES) de que a interferência arrisca-se até a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana ao impor a afetividade por meio do temor da indenização pecuniária superveniente.

Vislumbro, pois que, alçado à princípio constitucional-normativo, norteador, junto à dignidade da pessoa humano, do direito contemporâneo no que

tange às relações sociais e familiares, deve, toda a forma que lhe ofenda, ser indenizada, nos termos da lei civil, como os princípios da liberdade de culto, de pensamento, de expressão, de ir e vir o são.

Enquanto princípio deve ser respeitada, e seu desrespeito incide em ato ilícito, atentando contra a própria dignidade da pessoa, onde claramente cabe indenização. Observando que acresce-se ainda a este fato a o cometimento de ilícito a deveres normativo-constitucional quando informa os deveres paternos e maternos que devem ser observados quando do cuidado da prole.

2.1 O ABANDONO AFETIVO E A AUTONOMIA DA VONTADE

Os principais reclames contrários à concessão da indenização em função do ato de abandono e recusa aos deveres paternos à que estão obrigados os pais recaem no sentido de defender tratar-se de autonomia privada a disposição de amar.

No entanto, como já se colocou aqui, não se defende que o indivíduo esteja obrigado a amar, característica própria de sentimento íntimo onde não se pode inserir o direito e seu poder coercitivo, mas sim, o de impor ao pai o seu dever paterno de convivência pacífica, de cuidado e participação na vida de educação do filho, que constitui em seu final o vínculo afetivo entre ambos que se busca proteger a fim de se formar um cidadão hígido.

Não estando este princípio, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana da criança, e expressamente protegido por norma constitucional, no âmbito da disposição do genitor, uma vez que é direito personalíssimo do autor, e que, portanto, não comportam disposição e são inerentes ao ser humano enquanto este viver.

Sobre o tema VILAS-BÔAS, 2012 *apud* AMARAL, 2012, informa:

“A esfera da vontade de que o indivíduo dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo; a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver; **salvo disposição cogente em contrário.**” (grifei e negritei)

Na citação acima vemos com maestria a professor expor o conceito de autonomia da vontade, também denominada autonomia privada, inculpada no art.

5º, em seu inciso II, quando dispõe que: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

Ora, a partir de uma simples leitura da norma transcrita observamos *ab initio* que o dever de cuidado dos pais para com os filhos não está no campo da disposição da vontade, pois a norma constitucional, em seu art. 227, e a norma civil claramente OBRIGA os pais à este cuidado, à este amparo.

Ademais encontra barreira ainda nos princípios, como norteadores do direito, posto que a autonomia privada não pode ferir os princípios gerais de direitos, a boa-fé e os costumes, encontrando assim, como a profª Renata Malta citou: “*norma cogente em contrario*”, sendo fato e notório que não se encontra no âmbito da disposição da vontade o dever de cuidado, e de prover os laços de afetividade criados pela criança que advêm da convivência.

Não falamos em “amor”, mas em fazer-se presente, participativo, interessado e constante na vida do menor, uma vez que é direito dele e dever do genitor, não tendo que se falar em autonomia da vontade, quando há disposição coercitiva a tutelar este direito fundamental da criança.

Neste sentido PEREIRA, 2012 e SILVA, 2012, pág. 08, exploram:

A transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro

Se o Estado não foi eficaz em garantir à criança o direito ao amparo moral e material, não pode sê-lo para exigir que ela ampare quem lhe impôs tal dano. Mesmo a efetivação da indenização por dano moral não tem o condão de justificar tal obrigatoriedade. Isso porque o dinheiro não repara a falta de afeto, não torna pai e mãe quem decidiu não o ser.

A escassez de subsídios orientadores que direcionam o ser humano, a falta de conscientização e também o desconhecimento das reais possibilidades de sequelas por conta do abandono familiar, faz com que tantas crianças sofram com a ausência de seus progenitores. E cada vez mais vemos o descaso e o agravamento desse quadro tão triste que é o de uma mãe, ou um pai, abandonar a sua prole.

É necessário destacar a visibilidade social das crianças no atual contexto da sociedade contemporânea em que discursos sociais afirmam praticas positivas

relacionadas às crianças, mas que sem efetividade, não garantem seus direitos fundamentais. Os conceitos de efetivação social de direitos, devem ser mudados, para que passando ao largo da ótica puramente positivista, possam sair do papel para assumir uma efetivação responsável, real e concreta, além de duradoura destas garantias.

O Movimento Interforus de Educação Infantil afirma que toda criança faz parte diretamente de uma história, contudo, nem toda criança tem espaço suficiente para conquistar seu verdadeiro papel neste contexto social. Neste contexto podemos citar INTERFORUS, 2002, pág. 16:

(...) representa indubitavelmente uma união de forças em prol da efetiva garantia dos direitos da criança brasileira. Vozes de todas as partes do país têm se pronunciado para que a criança seja reconhecida como cidadã de direito de fato, vozes que clama por uma maior atenção por parte das autoridades para que ela também assumam essa luta, fazendo constar em nossas legislações o que lhe é de direito.

Precisa ser constante a luta pela conscientização e pais, para com a educação das crianças, desde a mais tenra idade e que os pais possam conscientizar-se também que a escola sozinha não forma cidadãos e tampouco molda o caráter.

A família tem papel de fundamental importância nos cuidados, tanto nos primeiros anos de vida de um indivíduo, como em toda sua formação física, intelectual, moral e conseqüentemente do seu sucesso profissional.

Digo e acredito que o abandono familiar é um ato que atual negativamente em todos os aspectos de um ser humano, e as sequelas, quer de maior ou menor gravidade, perduram por toda uma vida. Nada substitui a presença dos pais.

Segundo COCHLAR, 2012, pág. 41, é: "(...) imperdoável, inexplicável e de crueldade impar. O abandono fere a estima da vítima por lhe negar acesso a identidade de família, acesso à ancestralidade."

Em complemento "*O pai é a lei*" (LOCAM *apud* COCHLAR, 2012). Em conformidade, emenda que:

Assim, o pai que abandona também é a lei que desabriga, que desconhece. E a nação na qual os abandonados são recorrentes é por excelência uma nação em que a lei não é cumprida, como no caso brasileiro. (COCHLAR, 2012)

As sequelas do abandono podem ser devastadoras. Em alguns casos pode ser que o indivíduo abandonado venha a alçar voos de sucesso, no entanto, são casos isolados, excepcionais. E até aqui, este sucesso individual, conquistado à duras penas, de nenhuma forma retira a culpa do abandonador, do ser adulto que abandonou uma criança proveniente de seu próprio ser deixando-o o viver sem dar-lhe nenhum valor ou nenhuma importância.

Pensando dessa forma, concordamos com MADALENO, 2012, quando este diz que:

O real valor jurídico da filiação esta na verdade afetiva e jamais sustentada tão somente na ascendência genética, porque está, quando desligada do afeto e da convivência, nada mais representa do que um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra do descuido e da pronta rejeição. A filiação consanguínea só coexiste com o vínculo afetivo, com o qual se completa a relação parental.

(...) têm sido fonte frequente de demandas processuais a indenização pelo dano moral do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, porquanto dentre os inescusáveis deveres dos pais figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando um deles deixa de exercer o verdadeiro e mais sublime de todos os sentimentos da paternidade ou da maternidade, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Neste sentido é precioso e interessantíssimo o pensamento de RODRIGUES, 2012, pág. 42:

Como compreender o amor dos pais pelos filhos se não for acompanhado com cuidado em alimentá-los, banhá-los, dar-lhes conforto físico, etc. Mesmo no amor às coisas assim o é, não compreenderíamos o amor de uma mulher às suas flores, se ela não tivesse o cuidado de regá-las, adubá-las. O desvelo, o cuidado, portanto, integra o conceito de amor, e não perfaz uma categoria à parte.

O contato diário é necessário para a criação pela criança de um centro familiar, de laços de afeto onde ela possa se apegar, expandir e aprofundar o seu auto conhecimento, tornando-se do contrario, um individuo alheio aos sentimentos, e indiferente à qualquer tipo de vinculação pessoal, tornando-se antissocial.

Assim nos diz WHITE, 2001:

Uma família bem organizada, bem disciplinada é um argumento mais forte em favor do bem do que tudo que for escrito. (...) Na família de sucesso pais e mães encontram auxiliares nos filhos, os quais recebem daqueles as instruções do lar.

Muitos homens e mulheres agem no momento da emoção e sem pensar colocam os filhos no mundo sem imaginar se podem cuidar-lhes, seja material, seja afetivamente, e findam deixando por aí esses pequenos seres desajustados.

Acompanhamos o pensamento de Platão, em sua máxima: *“Não deveria gerar filhos quem não quer dar-se ao trabalho de cria-los e educa-los.”*

3 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO CASO

3.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO VALOR DA CAUSA

Inscrito como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta todo o sistema normativo, não só brasileiro, como mundial, uma vez que está enraizado como direito humano adstrito a todo indivíduo enquanto “pessoa humana”, não havendo requisito para ser adquirido além do fato de ser humano. Vincula ainda o funcionamento estatal e obriga o Poder Público a efetivação de políticas voltadas a sua implementação plena e aplicabilidade eficaz.

COSTA *apud* ABREU, 2012, pág. 20, conceitua que: “A dignidade da pessoa humana (...) é ‘valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico’”.

Não há como se falar em “indenização por dano moral” sem se falar na dignidade da pessoa humana, uma vez que a ofensa moral atinge o mais profundo da alma do ofendido, penetrando seus sentimentos até o mais fundo de si mesmo, repercutindo em seu interior por longos anos, não se podendo mensurar suas consequências íntimas, nem mesmo quantificar em pecúnia seu valor.

Assim como ABREU, 2012, pág. 20, apresenta no conceito *kantiano* de dignidade humana, que “concebe o homem como ser racional, dotado de autonomia moral, e que constitui sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o atingimento de algum outro fim, não tendo por isso preço”.

Não tendo, pois o ser humano preço, tampouco o tem a sua dignidade, e neste sentido, como quantificar em valores o dano sofrido objetivando a respectiva indenização?

No direito processual Civil, temos que o valor da causa é definido por norma expressa no Código de Processo Civil constantes nos artigos 258 a 261, assim dispondo o artigo que abre a Seção II: “Art. 258. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.” Temos ainda que o valor da causa é conteúdo obrigatório da petição inicial, constando como um

de seus requisitos de admissibilidade, reiterado no artigo 282, inciso V do mesmo diploma.

No entanto, observa-se partir do artigo 259 que não é prescrito critério objetivo para auferir o referido valor quando se trata de ofensa moral. Os incisos do referido artigo versam acerca de qual será o valor para cada tipo de ação, e/ou como ele será contabilizado.

Vejamos:

Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;

II - havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

III - sendo alternativos os pedidos, o de maior valor;

IV - se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal;

V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;

VI - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais, pedidas pelo autor;

VII - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.

Ora, se não versamos sobre ação de cobrança, nem sobre negócio jurídico, tampouco de ação de alimento, muito menos sobre ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, como estimar qual será o valor da causa neste caso concreto?

Jurisprudência e doutrina têm entendido no sentido de que o valor da causa quando se trata de indenização por danos morais, é simplesmente uma indicativa do que seria um valor “compensatório” pelo dano sofrido, a fim de apontar um valor para causa, pois é requisito obrigatório da ação, como também para definir critérios objetivos que daí decorrem, como a competência material pelo valor da causa, podendo, no entanto, a respectiva indenização ser consideravelmente reduzida em juízo.

No entanto, compactuo com o entendimento jurisprudencial também considerável, que afirma ser o valor da causa na ação de indenização por danos

morais, determinado como dispõe o Código Civil em seu artigo 944, medido pela extensão do dano, sendo que, caberá analogia ao caso em relação ao artigo 953, parágrafo único, quando dispõe que: “não podendo o autor provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar equitativamente o valor da indenização, na conformidade das circunstancia do fato”

1. (...) A indenização por danos morais deve ser fixada em patamar capaz de minimizar o sofrimento físico e psicológico da vítima e atribuir efeito pedagógico ao causador do dano. (TJ-SC - AC: 79848 SC 2010.007984-8, Relator: Edson Ubaldo, Data de Julgamento: 10/06/2010, Câmara Especial Regional de Chapecó, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Chapecó)

2. (...) ADEQUAÇÃO DA CONDENAÇÃO MORAL ARBITRADA NA INSTÂNCIA A QUO CONFORME OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO PARA PATAMARES CONDIZENTES COM A EXTENSÃO DO DANO À DIGNIDADE E CIDADANIA DA PARTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL. **SOBREVALÊNCIA DO CARÁTER PEDAGÓGICO E INIBIDOR.** (...) (TJ-SC - AC: 20130401154 SC 2013.040115-4 (Acórdão), Relator: Denise Volpato, Data de Julgamento: 05/08/2013, Primeira Câmara de Direito Civil Julgado, Data de Publicação: 09/09/2013 às 07:26. Publicado Edital de Assinatura de Acórdãos Inteiro teor Nº Edital: 7283/13 Nº DJe: Disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico Edição n. 1711 - www.tjsc.jus.br)

A partir deste entendimento, recairia a controvérsia sobre como auferir a extensão do dano. Neste sentido, interessante anotar estudo VILAS-BÔAS, 2012, pág. 39 e 40, onde explica que são 7 (sete) as dimensões da pessoa humana: *dimensão transcendental; dimensão física; dimensão psicológica; dimensão intersubjetiva; dimensão histórico-cultural; dimensão econômica e dimensão ética*, fazendo um estudo detalhado acerca de cada uma delas.

Encontramos aí campo fértil a fim de verificar o quanto determinada ofensa repercutiu no indivíduo, observando em quantas dimensões ele foi ofendido, e o quanto essa ofensa atingiu dentro de cada dimensão, a fim de se chegar, partindo de critérios puramente subjetivos, no valor “juridicamente possível” que há de orientar o valor da causa, como manda a norma positivada, sendo este um valor que possa de alguma forma, compensar a ofensa sofrida, ainda que, qualquer rusga ínfima em sua dignidade enquanto ser humano, seja *per si* inestimável.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DELIMITAÇÃO DO QUANTUM

Temos que estudo publicado por VILAS-BÔAS, 2012, pág. 39 e 40, neste trabalho já referenciado, informa as várias dimensões do indivíduo enquanto pessoa humana, no que dispõe ser composto de 7 (sete) dimensões, interessante aqui destacar as seguintes:

“Dimensão física: a pessoa apresenta uma dimensão física que representa o seu corpo, e essa análise do corpo compreende todas as suas nuances, tanto o seu aspecto exterior, como ele se apresenta, bem como seu aspecto interior.

Dimensão psicológica: pode ser analisado sob o âmbito dos sentimentos, como a dimensão física capta as informações, como elas são trabalhadas e elaboradas pelo sentimento e pensamento do ser humano.

Dimensão intersubjetiva: diz respeito à inserção do ser humano em uma sociedade e às diversas relações que são estabelecidas e trabalhadas com os demais seres humanos. Está relacionado com esse aspecto social e político do ser humano, ou seja, a sua necessidade de estar inserido em sociedade.

Dimensão econômica: quando nos é garantido o direito de propriedade, bem na garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Ciente dos conceitos brilhantemente tecidos pela professora; vejamos os desdobramentos destas dimensões aplicadas ao caso, invertendo, no entanto a ordem apresentada a fim de argumentar sobre o caso em tela de forma mais elucidativa.

Tarefa difícil é definir se o abalo inicial se daria sobre a **dimensão econômica** ou sobre a **dimensão psicológica**. Sigo no sentido de afirmar que, ocorrendo o abandono quando do nascimento, não tendo se formado os vínculos afetivos imediatos, tampouco estando o ofendido ciente do abandono; o primeiro abalo sofrido será de ordem econômica, logo, repercutindo em sua **dimensão econômica**, na classificação “ser humano enquanto pessoa humana” apresentada.

No entanto, ocorrendo o abandono posteriormente ao nascimento, na primeira ou segunda infância, ou até mais tarde, é indubitável que o abalo primeiro será sofrido em sua **dimensão psicológica**, uma vez que sofrerá pessoal e diretamente o ato do abandono, a dor do desprezo e da abstenção da amada figura paterna. Sentindo apenas posteriormente em sua **dimensão econômica**, que aí então estará já intimamente ligada a sua dimensão psicológica, os danos da segregação compulsória, como por exemplo, ao ver na vitrine o brinquedo que gostaria de receber das mãos de seu pai e não o pode.

No entanto, haverá aqueles que dirão: “mas a prole tem direito a pensão alimentícia nos termos do artigo 1.696 e 1.703 do Código Civil que há de suprir suas necessidades”, contudo, esquecem que a manutenção de um filho não é algo “programável” que se supre apenas pelo fornecimento de dinheiro.

Criar um ser humano, educá-lo, guiá-lo à vida em sociedade a fim de obter uma boa colocação no mercado de trabalho e na vida social, torna-lo uma pessoa de bem, e com chances de realização pessoal e profissional não é tarefa que se faz apenas com prestação pecuniária; faz-se necessário acompanhamento, gestão, direção, organização, etc. Tarefas estas que acabam incumbidas isoladamente a mãe, que inevitavelmente, não conseguirá, de forma eficaz e plena, dar conta sozinha da própria subsistência, gerenciar seu aperfeiçoamento pessoal, sua vida social e afetiva, tendo ainda que cuidar de ser mãe e pai de seu descendente.

Exemplifiquemos de forma prática e com base em princípios do gerenciamento administrativo: apenas o capital pecuniário em espécie não faria uma empresa funcionar, na verdade a mesma nem nasceria. Para tanto, seriam necessários, além do capital aplicado, o contingente humano para dar-lhe vida, todo um suporte a fim de gerenciá-lo, dar direção, finalidade, a fim de fazer com que ele fosse bem aplicado, utilizando de forma sensata e eficaz, rendesse e voltasse na forma de lucros e capital de giro. Neste intuito são empregadas pessoas exclusivamente voltadas para fim, direcionadas e treinadas para estes cuidados, profissionais focados e bem remunerados, com suporte técnico e administrativo, a fim de deixá-lo livre de qualquer obstáculo, ou assunto meio que desvirtue seu propósito dentro da instituição.

Por um momento, coloquemos a mãe que recebe a pensão por seu filho no papel desta empresa: ela recebe este valor fixo, mensal, com o qual tem que gerenciar além do pagamento das despesas mensais habituais do menor, todos os custos não previstos e variáveis que uma criança requer, e que são muitos. Lembrando e ressaltando o fato de que, esta renda não será baseada apenas no valor do necessário para a manutenção de vida da criança, mas também, na proporção dos recursos do prestador, conforme art. 1.703 do Código Civil. Ou seja: tanto o valor do pagador paterno pode não vir a ser valor suficiente para prover a manutenção do estilo de vida da criança, ou ao menos a sua subsistência, como poderá suprir essas necessidades básicas, sendo que, tanto em um caso como em outro, a mãe também estará obrigada a prover essa prestação “na proporção de seus recursos”.

Temos, portanto que, além de funcionar como gestora do valor aplicado, como vigilante da boa conduta do filho, responsável da melhor forma com que seja conduzida a sua vida a fim de formar um bom cidadão, ela ainda estará obrigada a prover o sustento do filho objeto da pensão, tendo, portanto que “desdobrar-se” para encontrar um meio regular de vida que lhe dê estabilidade profissional, portanto financeira, que lhe proveja o sustento próprio e que quite a sua obrigação enquanto também obrigada à prestação constante de assistência financeira ao filho.

Assim, **dimensão econômica** do individuo credor de pensão alimentícia enquanto pessoa humana, não esta limitada apenas ao seu sustento *stricto sensu*, entendido como a alimentação que dá nome ao instituto, mas principalmente, entendido como sua condição econômica vista como um todo, a sua situação financeira vista dentro da sociedade em que vive, o estilo de vida que leva, as privações a que tem que se sujeitar, sejam elas de que espécie forem; a qualidade de ensino que teve, repercutindo até mesmo em seu âmbito familiar, adentrando pois no próximo conceito, o da **dimensão intersubjetiva**.

Podemos englobar na **dimensão intersubjetiva** tanto a sociedade e a situação social em que está inserido o abandonado, como o seu grupo familiar, entendido como a “sociedade familiar” em que vive. De imediato, esbarramos na questão primeira de que o abandonado perde seu referencial paterno dentro do seio familiar e social, ele não terá o pai no dia das crianças, nas reuniões escolares, nos

parques, nos almoços de domingo, nos natais, e ele não o terá por força do destino, ou acaso maior que a vontade humana, ele não o terá por livre disposição daquele que o abandonou, levando consigo de forma perene o estigma de abandonado.

Ele terá consigo que aguentar perguntas de seus colegas em relação ao paradeiro de seu pai, ou porque esse nunca aparece, no entanto, essa marca nem sempre vem na forma de provocação externa, ele poderá também acontecer de forma implícita, quando a criança se torna uma pessoa mais reclusa, afasta-se dos amigos por se sentir diferente, cria alguma forma de rancor da figura paterna por considerá-la culpada pelo abandono, ou mesmo decide inclinar ao mundo do desconhecido, perdendo-se nas drogas lícitas e ilícitas a fim de encontrar a sua verdadeira essência.

Aqui entramos na **dimensão física**, quando, a criança, não por força do destino, mas por haver crescido numa condição de abandono, tornou-se um adulto problemático, enveredou-se pelos caminhos dos entorpecentes, a fim de “anestesiado”, esquecer-se de que foi enjeitado por aquele que deveria relegar-lhe amor incondicional.

Este adulto, além de estar mutilando a si próprio, será ônus para a família, para o Estado para arcar com tratamento e aparato policial, para a sociedade que o cerca, que será obrigada a conviver com a situação juntamente com a vítima, por mais segregada que esta esteja do meio social.

Temos aqui que encontramos-nos em uma encruzilhada que novamente encontra as dimensões econômicas, pois este adulto não conseguirá um emprego que o sustente, não tendo ao fim, a figura materna que o subsidie mais, e não tendo mais a obrigatoriedade da pensão que lhe dava abrigo financeiro, restará também um encargo para o Estado, ou para a sociedade que arcará com a criminalidade para a qual vai inclinar-se. Toca novamente a dimensão psicológica, primeira sofredora neste quadro, e volta-se novamente para a dimensão intersubjetiva, com a ferida social e familiar que este individual tornou-se, estando, no entanto, no papel de vítima.

Estas dimensões humanas, como aqui foi demonstrado, podem ser separadas e auferidas individualmente, mas elas estão de tal forma ligadas, que não

podem ser vista de isolada. Entendendo a extensão do dano, o quando ele causou a vítima, interferiu em seu futuro, a forma como ele viveu e a pessoa que ele se tornou, encontrar-se-á o valor da causa, que não há de ser valor que vá “pagar” o sofrimento do autor, ou tudo que ele sofreu na vida, e as vezes que chorou perguntando-se, como Jesus Cristo: “pai, porque me abandonastes?”, mas será apenas o valor que, em *ultima ratio* vai tentar compensar, de forma pecuniária, o abandono que sofreu por aquele que tinha para com ele o dever de cuidado, como determinam, entre muitos outros, os artigos 227 e 229 da Carta Magna.

Na mesma linha de pensamento, podemos ilustrar o que informa HIRONAKA, 2012, pág. 04:

(...) o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho(...). O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo.

A convivência cria entre a criança e seus pais uma relação de dependência e complementação. A criança teria na pessoa dos pais a figura de educador, a representação de sua autoridade, por ser aquela pessoa que predominantemente cuida dela no dia-a-dia (da preparação e planejamento das refeições, do banho, da higiene e do vestuário, do transporte da criança para a casa de amigos ou para a escola, do ato de deitar a criança na cama à noite, de atender a criança a meio da noite, de acordar de manhã, do ensino de boas maneiras, de regras de disciplina e da educação religiosa, moral, social e cultural etc.)

4 DO DEVER DE INDENIZAR

4.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS:

Ao versar sobre o tema, a Carta Magna dispõe que:

*Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.***

É certo e cristalino, pela pura disposição constitucional que há cometimento de ato ilícito quando um dos pais, obrigado que está ao dever de cuidado para com o filho, voluntariamente o abandona, achando que está em sua livre disposição, que seria um direito seu optar por não “amar”, quando, na verdade, não é disso que se trata, e sim de norma expressa que dá direito ao outro de se ver protegido de toda forma de abandono, desprezo, discriminação, negligência, descaso, desigualdade, entre outras formas que desmoralização e ferem a dignidade do menor.

É interessante fazer uma observação pormenorizada das expressões destacadas a fim de apresentar mais claramente o conceito, abrangência e alcançada norma constitucional:

a) É dever da família: DEVER, ordem constitucional cogente, e não “faculdade” daqueles que formam a família do menor, família aqui entendida como aquela criada pelos laços de afeto, bem como aquela derivada de fatores biológicos que de forma certa influem na formação psicológica e pessoal do ser humano em desenvolvimento, pois, hora, seria lógico dizer: “*sim, aquele é meu pai biológico, mas não é minha família?*” Por certo que não haveria lógica nisto, eles compõem sim a família, família biológica da qual o autor, enquanto menor almejou haver participado, estar inserido em programas familiares quem sabe como irmãos, tios, primos que desconhece em função da segregação.

b) assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade;

c) o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade: restringidos em sua essência em função das limitações sejam financeiras, sejam psicológicas ou social decorrentes da falta de uma figura paterna, ou, ao menos, de uma “figura afetiva paterna”;

d) e à convivência familiar: entendida em si própria.

e) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência: aquele que abandona não se importa com o que aconteça ao filho, se ele vai se machucar ou não, em que tipo de pessoa vai se tornar, em que tipo de cidadão vai se tornar, a personificação da negligência!

f) crueldade: e a personificação da crueldade, em função de seu ato, como MADALENO, 2012 perfeitamente descreveu “*covarde*” de abandono daquele que sem culpa alguma do que quer que seja foi concebido por ele, parte de si, e que foi por ultimo jogado fora, sem desvios de olhar ou arrependimento, esquecido, como se esquece uma coisa qualquer, como se nunca tivesse existido!

4.2 DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL:

Temos que é disposição civil pura e simples do Código Civil em seu Título IX - Da Responsabilidade Civil, Capítulo I - Da Obrigação de Indenizar e Capítulo II – Da Indenização.

Assim dispõe o Art. 927: *Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Há que se observar que a norma fala em “ato ilícito”, sendo, pois o primeiro ponto a que temos que dedicar o estudo, a fim de definir o que seria “ato ilícito”, sempre no âmbito da discussão acerca do abandono afetivo paterno, e num segundo momento, verificar se houve na material em questão a pratica do ilícito.

Portanto, a problemática inicial seria: “o que é ato ilícito?”, ora, para fins cíveis, o próprio Código Civil nos conceitua que:

*Art. 186. **Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.***

Por suposto que a definição legal do que seria “ato ilícito” a partir do inovador Código Civil de 2002 já é bastante para definir se houve ou não ilegalidade no abandono paterno deliberado e voluntário da prole, no entanto, no que é pertinente ao tema, é interessante ressaltar ainda o art. 187 do mesmo diploma legal. Vejamos:

*Art. 187. **Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.***

Sendo matéria pacífica que o dano, ainda que exclusivamente moral deve ser indenizado, não há que se falar no presente caso de “demonstração de dano material sofrido”, ou até mesmo de “provar por meio material o dano moral sofrido” mesmo porque, como provar-se por “meio material” um dano, uma dor que é apenas e exclusivamente do espírito?

Assim, não é apenas por meio de laudos médicos e psiquiátricos que se prova o dano moral sofrido pelo abandono, pelo contrário, o próprio código civil ressalva aqueles que, sendo a ofensa exclusivamente moral, não detêm nenhum meio “material” de comprovar o dano sofrido, em analogia do presente caso ao artigo 953, parágrafo único do referido diploma. Portanto, seja a prova puramente subjetiva, ou “material” existe o direito de indenizar quando se comete “ato ilícito” contra outrem.

4.3 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO

Neste sentido vejamos as normas constitucionais:

*Art. 226, § 5º - **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.***

*Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores,** e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No Código Civil:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

No Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

A fim de definir dano, e mais especificamente os danos provocados pelo abandono afetivo paterno, temos que HIRONAKA, 2012, assim o faz:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Dividirei o presente tema em dois momentos: 1º) o dever de indenizar por abandono afetivo quando HÁ prestação de alimentos; 2º) o dever de indenizar por abandono afetivo quando NÃO HÁ prestação de alimentos.

4.3.1 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO QUANDO HÁ PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A discussão neste ponto recaia no fato de que, até muito recentemente, o entendimento jurisprudencial dominante era de que, a figura do cônjuge que não detinha a guarda do filho devia-lhe pensão alimentícia, nos termos da lei civil, **e apenas isso**. Se ele prestava ao filho o valor pecuniário fixo e mensal, no limite de suas forças financeiras, a fim de prover o **sustento** do filho menor, pronto, ele já cumpria com seu dever.

Ledo engano, conforme dispõe **expressamente** a norma constitucional acima reproduzida: “**Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”**, a norma cível dá ainda mais forma ao que se predispõe, quando reafirma que: “**São deveres de ambos os cônjuges: sustento, guarda e educação dos**

*filhos”; ainda: “**competeaos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação.**”*

Assim, o sustento é apenas uma das obrigações do pai enquanto membro do grupo familiar do menor, há ainda deveres de cuidado, criação, educação, guarda, convivência familiar, estar a salvo de toda e qualquer forma de negligência, e esses deveres não são supridos com a simples prestação pecuniária da pensão alimentícia, eles requerem presença e atenção constante da figura paterna, portanto, é cristalino que o pai que deliberadamente abandona o filho, ainda que venha a prestar-lhe alimentos, na forma da lei, comete ato ilícito nos moldes do artigo Art. 186, uma vez que por ação voluntária de abandono, e por omissão voluntária de seus deveres paternos, agiu com negligência em seu dever familiar e causou dano, nem sempre exclusivamente moral, mas até mesmo material como a perda de algumas chances que teria se tivesse um melhor arranjo familiar, se tivesse que ter se sentido enjeitado por toda a vida; fazendo jus, de forma cabal à indenização pelo respectivo dano sofrido, uma vez que a prestação da pensão alimentícia não exime o pai de seus deveres paternos de guarda, educação, direção, convivência familiar constitucionalmente garantidos ao menor.

4.3.2 DO COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO QUANDO NÃO HÁ PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Flagrante é a situação de cometimento de ato ilícito quando não há prestação de alimento, conquanto já foi exposto em tópico próprio, não está na esfera de disposição (“autonomia da vontade”) dispor do direito que tem o filho à assistência paterna.

É certo, é claro, que o judiciário, revestido do princípio da inércia, como premissa de judiciário justo e imparcial, que só funciona quando provocado, não haveria de obrigar um pai à prestação de alimento quando não fosse provocado para fazê-lo por meio de ação hábil.

No entanto, deve-se atentar para o fato de que, não é por não haver ação que desaparece o direito. Ele permanece intacto e imprescritível até os 18 anos de idade da prole, quando, alcançada, encontra a sua preclusão.

Preclusão, vale ressaltar-se, do direito à prestação de alimentos, posto que não desaparece seu direito personalíssimo e indisponível a ter tido um crescimento digno, seja do ponto de vista social, econômico, ou puramente afetivo.

Este permanece vivo e latente, imprescritível, até que o autor, agora maior, atente para o ato lesivo que sofreu, para a conduta ilícita de sua genitor paterno e requeira a respectiva indenização que lhe é de direito.

É importantíssimo ainda, neste ponto, tocar na questão alegada da “substituição da ação de alimento não levada a tempo pela ação de indenização”, o pensamento não merece prosperar posto que as ações, por mais que encontrem seu fato gerador na mesma fonte, a paternidade, não resultam da mesma ação.

A prestação de alimento advém, de ordem objetiva puramente do fato da paternidade. Há filho, há dever de prestar alimentos mediante pensão, se o mesmo não está sua guarda.

A indenização não segue linha tão rente. O pensamento segue, partindo de um critério objetivo: o dever de indenizar, para um critério subjetivo: o do dano causado pela recusa ao direito da criança, por haverem-lhe furtado uma garantia que lhe atribuída em sede constitucional e principiológica. Para chegarmos a extensão do dano, e a auferição da indenização devida, como será visto em capítulo específico.

Não há que se falar em substituição posto que o autor reclama não pelas prestações de pensão não paga, ou pelo valor patrimonial que perder naqueles 18 anos que não teve seus direitos atendidos.

Mas sim, busca tutelar a indenização pelo abalo que sofreu, pelo desgaste porque passou quando teve que se arrastar em noites insones de “porquês”, de inveja de colegas que tinham de quem segurar a mão, ou simplesmente do sentimento avassalador de rejeição!

Ações que lhe levaram a dignidade enquanto pessoal, e que lhe feriu diretamente direitos consagrados em sede constitucional, civil, em legislação extravagante e em âmbito principiológico.

4.4 DISPOSIÇÕES PENAIIS SOBRE O TEMA

4.4.1 Art. 244 do Código Penal: Crime de Abandono Material

Na constante busca pela tutela e proteção da instituição ético-jurídica da família o Estado buscou tutelar a prestação de alimentos entre familiares, uns aos

outros, observado o critério objetivo da necessidade, punindo a omissão voluntária do cumprimento de tal obrigação.

Segundo DIAS, 2012:

Destaca-se o abandono material como figura central do crime de omissão de assistência à família, praticado por aquele que deixa, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando a pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, violando, também, o preceito da norma penal, aquele que deixa, de forma injustificada, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo, e o que frustra ou elide, de qualquer modo, inclusive por abandono de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada fixada ou majorada.

O artigo se subdivide em três formas básicas de condutas, relacionadas com o dever de prover à subsistência, com o dever de assistência e o de pensionar. No primeiro caso, pratica o crime quem deixa de proporcionar ao sujeito passivo o necessário para subsistir – expressão de perímetro conceitual bem mais restrito do que alimentos do Direito Civil -, no segundo caso, quem deixa de assistir ou socorrer o sujeito passivo gravemente enfermo e, finalmente, quem pratica o chamado abandono pecuniário, modalidade típica que pressupõe a existência de sentença judicial impondo ao sujeito ativo a obrigação de pagar pensão alimentícia provisória ou definitiva.

4.4.2 art. 246 do Código Penal: Crime de Abandono Intelectual

Segundo NETO, 2012, o Crime de abandono intelectual é, segundo o Código Penal:

(...) um crime cometido pelos pais que deixarem de proporcionar aos seus filhos à instrução primária, ou seja, acontece quando os pais não matriculam os filhos, na idade escolar, nos estabelecimentos de ensino da rede pública ou da rede particular.

Nas palavras de NETO, 2012, quando em participação do lançamento do projeto Justiça na Escola, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) em parceria com a Secretaria de Estado da Educação:

“Quando um pai dá um tapa num filho, sai na capa do jornal, mas quando um pai não leva o filho à escola ninguém fala, porém, enquanto a agressão física dói na hora, o abandono intelectual dói pela vida inteira, porque está comprovado que a maior escolaridade traz maior progresso econômico ao cidadão. Quem estuda mais, ganha mais. Nos países desenvolvidos, quem não tem ensino médio ganha menos 77% do que quem tem o certificado”

NETO, 2012 cita ainda o Prêmio Nobel de Economia de 2000, James Heckman, quando diz que:

“James Heckman chamou a atenção do mundo ao dizer que a educação é crucial para o avanço de um País e, quanto antes chega às pessoas, maior efeito provoca em seu futuro. Não podemos condenar o futuro de nossa Nação deixando nossas crianças fora da escola. A sociedade somente se toca quando acontecem casos como o do João Hélio, o menino que morreu arrastado por um carro levado de assalto por adolescentes no Rio de Janeiro, mas tem que tutelar suas crianças, até de forma preventiva”

Ainda que se mostrem tutelas pontuais e específicas, próprias da tipicidade penal, adstrita à extrema legalidade, tais normas demonstram um interesse estatal antigo na defesa dos interesses dos indivíduos em formação, a fim de gerar um âmbito social educado hígido, partindo de uma criação em um seio familiar onde lhe falte recursos sejam materiais, para fins de subsistência, sejam intelectuais, para fins de formação educacional e conseqüentemente, de um campo profissional com agentes mais preparados, impulsionando cada vez mais o crescimento do país.

Tais normas, no entanto, encontram entrave nos critérios legais “objetivos”, e na natureza *ultima ratio* do direito penal, que acabam por não tutelar de forma plena direitos tão subjetivos, e a se tornarem verdadeiras letras mortas, normas sem utilização efetiva, ou de difícil manejo judicial, o que acaba por desestimular a sua procura.

Contudo, há de se observar a crescente vontade de inserção legislativas de normas penais que tutelem e/ou tipifiquem o crime de abandono afetivo, a fim de que se possa vislumbrar o abandono de um ponto de vista de indiscutível ilegalidade, partindo à punição daquele que se esquiva levemente de suas obrigações, não só para com o ser que gerou, coberto de direitos, mas também para com a sociedade em que vive, e para com o Estado, a fim de evite a formação de mais um delinquente juvenil, mais um criminoso, dependente químico, ou dependente Estatal.

Neste sentido, temos que tramitam atualmente no Senado Federal e Câmara dos Deputados, vários projetos de Lei que de uma forma ou de outra, tutelam o abandono afetivo, em pontos além do indenizatório.

Vejamos alguns destes projetos.

5 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

5.1 PL 4294.2008

Propõe que seja acrescentado um parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

O Projeto se justifica nos seguintes termos:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de

uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

O projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família em 16-12-2010, com **brilhante** voto da relatora, Deputada Jô Moraes, nos seguintes termos:

O dano moral é uma lesão aos direitos da personalidade. Porém, para gerar o dever de indenizar, deve-se proceder ao reconhecimento da existência de um dano, à apuração de sua extensão, à determinação de sua repercussão e à aferição do grau de culpa do agente, da vítima e de terceiros.

A relevância está na necessidade de se avaliar como o indivíduo elabora internamente o abandono afetivo e seus impactos no curso de sua vida. O abandono provoca, indubitavelmente, comprometimento psicológico. Sempre se constata o trauma gerado pela rejeição e pela indiferença. Há quem leve uma vida inteira aguardando notícias de um familiar ausente, sofrendo com a ausência.

O dano moral altera-se com a dinâmica social, de modo que situações anteriormente tidas como fatos da vida comum podem e devem merecer a atenção do poder público e, principalmente, do Poder Judiciário.

Portanto, é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos.

É necessário, pois, conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo sobre o abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, **por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente.**

Da mesma forma, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania no dia CCJC-07-03-2012, com o voto do relator Deputado Antônio Bulhões nos seguintes termos:

Embora seja verdade que não se possa obrigar alguém a amar ou a manter relacionamento afetivo, ocorrem casos em que o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e, efetivamente, causa lesões no direito da personalidade do filho, com atos de humilhações e discriminações. Nesses casos, estaria configurado o abandono afetivo gerador do direito à

indenização moral. A mesma linha de argumentação é válida em relação ao idoso.

Com efeito, dispõe o respectivo Estatuto:

(...)

Portanto, haverá hipóteses em que do abandono afetivo advirá a obrigação pela reparação pelo dano moral causado ao filho ou ao idoso. Evidentemente, cada caso concreto deverá ser sopesado pela autoridade judicial, a quem caberá avaliar a extensão do abandono afetivo. Mas é prudente que a possibilidade de reparação seja explicitada pela lei.

Posiciono-me de forma absolutamente favorável ao projeto legal. Há de reconhecer que o Brasil é um país essencialmente positivista e que requer normatização das mais diversas possibilidades de relações sociais que venham a requerer intervenção judicial para revesti-lhes de uma certa segurança jurídica.

Afinal, insculpido na Carta Magna, sob prisma de direito e garantia fundamental está a previsão de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (Art. 5º, inciso II, CF/88), motivo pelo qual nós valemos (sempre que nosso favor) de uma lacuna legal quando algo não está especificamente posto em norma positiva.

Era grasso de uma nação que deveria passar a conhecer mais de suas próprias normas a fim de ter ciência de que nem sempre se faz necessária legislação específica quando já se tem todo um arcabouço de princípios e até de mandamentos constitucionais que de forma implícita (e me arriscaria a dizer, até explícita) informam aquela norma que hora se quer fazer crer inexistente.

Sob este prisma, faz-se necessária a legislação que preveja a indenização de forma objetiva a fim de se evitar o burburinho da divergência doutrinária e jurisprudencial daqueles que se valem destes artifícios para se esquivar de um dever que antes de ser legal, é um dever de caráter e de honra.

5.2 PLS (PROJETO DE LEI DO SENADO) 700.07

Propõe que se modifique a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

Busca tutelar o abandono afetivo no âmbito penal, assim como já preveem normas próprias para o abandono material e intelectual, manejando alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de se fazer ali prever norma

própria que desencoraje a conduta do abandono, e credite ao já princípio fundamental, garantias de meios com que se possa efetivar a punição daquele que se afasta de sua obrigação de cuidado.

Assim prevê:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, **que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.** (grifei, negritei)

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. (NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.....Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

(...)

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses.”

O projeto se justifica de forma perfeitamente simples nas palavras do Senador Marcelo Crivela em sua Exposição de Motivos:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta (...). Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. **Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos**, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. (...) juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro (...) “se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. (...) deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”. E mais: “O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”

Em tempo, vale ressaltar que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras.

Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação. É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida.

Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

A referida proposta busca, para além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também quer orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões.

Como não podia deixar de ser, o Projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sendo, no entanto, por hora, ainda indicada a não tipificação do ilícito penal do abandono afetivo, como já havia recomendado a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, mas não por afastamento da necessidade desta tipificação e sim, tão somente, arraigada no receio de que, a fortíssima rejeição dos votantes à tais introduções legais, poderia levar a uma rejeição total do tema, afastando da aprovação a tão batalhada normatização do direito à indenização pelo ilícito civil de abandono afetivo.

6 JURISPRUDENCIA SOBRE O TEMA

Importe em primeiro plano indicar o julgado do REsp 1.159.242, em 02 de maio de 2012, que condenou o pai abandonante ao pagamento de R\$ 200 mil à título de indenização moral à sua filha abandonada, tendo sido na brilhante perspectiva da ministra relatora Nancy Andrighi, os seguintes termos:

Processo: REsp 1159242 / SP - RECURSO ESPECIAL nº 2009/0193701-9.
Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 24/04/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/05/2012. RDDP vol. 112 p. 137. RSTJ vol. 226 p. 435.

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

(...)

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso

especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas BôasCueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Notas: Indenização por dano moral: R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Outras Informações: É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois, nos casos em que os pais se omitem do dever de dirigir a criação e educação dos filhos, a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade dos filhos, ofertando-lhes, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano *in re ipsa*, traduzindo-se em causa eficiente à compensação.

(VOTO VISTA) (MIN. SIDNEI BENETI)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, ocorrendo, inclusive, tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, pois a existência do vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização do sofrimento moral ante a injusta.

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai.

(VOTO VISTA) (MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em preterição da mencionada filha, pois o genitor descumpriu totalmente seu dever de cuidado e infringiu flagrantemente as mais simples obrigações para

com sua filha, ensejando tal situação o excepcional reconhecimento da ocorrência de ato ilícito no âmbito familiar, não configurando eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam indenização por danos supostamente sofridos.

(...)

Este foi o julgamento de maior destaque ao tema porquanto alterou substancialmente o entendimento de nosso superior tribunal em relação a seu anterior entendimento de que não caberia indenização no abandono afetivo. Neste sentido temos o julgado do REsp757.411/MG, de 29 de novembro de 2005, com o Relator Ministro Fernando Gonçalves.

O entendimento balizava na época que, com o ajuizamento de ação de reparação de danos morais, cujo fundamento era a falta de amor, a ação carecia de causa de pedir apoiada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo na ocasião o STJ acolhido o Recurso Especial interposto pelo pai, sobo fundamento de que o desamor não gera indenização.

Sobre isso, SILVA, 2012 nos explica que efetivamente, amar não é dever ou direito, e que da mesma forma, amar é sentimento intangível pelo Direito como força jurídica coercitiva. Assim, a falta de amor, enquanto sentimento, não pode gerar indenização.

Mas o **dever de natureza objetiva** do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo está previsto no art. 1.634, I e II do Código Civil. Como nos podemos verificar ao longo deste trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê também deveres para os pais, como o dever de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho menor, em condições de dignidade (ECA, arts. 3º, 4º e 5º). Esses, sim, são deveres de natureza jurídica, cujo descumprimento, ao gerar danos, pode acarretar a condenação do inadimplente em pagamento de indenização.

7 CONCLUSÃO

Após a leitura feita neste breve trabalho, focado em encontrar o fato gerador do dever de indenizar por abandono afetivo paterno, entendendo-o como ato ilícito, causador de danos imensuráveis ao ser humano em formação, e a sua recepção pelo judiciário brasileiro, temos que chegamos a conclusão que é cediço que, apesar da indenização pecuniária não suprir as necessidades deste que foi abandonado, o valor é compensatório e didática, compensatório a parte que de alguma forma, ainda que no bolso, se viu participante da vida daquele que sempre tentou, em vão alcançar; e didático ao pai ou mãe abandonante, e todos os que viram a ser de quem devem observar melhor seus atos, planejar melhor sua vida para chegada de seu filho, parte importantíssima de si mesmo, e ser que perpetua a espécie humana, dependente dele o tipo de sociedade futura em que viveremos.

É lógico pensar que “um pai condenado a indenizar o filho pelo descumprimento da obrigação jurídica de educá-lo certamente se afastará ainda mais do filho”, mas como bem opinou Rodrigo da Cunha Pereira, aquele que busca a tutela jurisdicional, que busca na frieza monetária a compensação por todo aquele sentimento transcendental que lhe foi negado, é porque já esgotou todas as formas (e forças) que tinha para buscar ao lado daquele um pouco da atenção, ainda que tardia, aquele que por anos a fio buscou uma reaproximação frustrando-se e estilhaçando a cada vez sua auto estima, sua moral e seus sentimentos.

Ele poderá pensar, como pode e tem o direito de pensar: “a justiça foi feita, você pagou por aquilo que omitiu de me dar, e que era meu por direito, a presença, o auxílio, o apoio. Pagou por me obrigar a crescer sozinho, a aprender sozinho e me machucar muitas vezes quando deveria ser auxiliado em minha condição de ser dotado de discernimento incompleto.”

Assim como a justiça é feita àquele que abandona um incapaz a sua própria sorte (no sentido penal do tema, tipificado Art. 133 do Código Penal), deixando de prover “cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, por qualquer motivo” daquele que está sob seus cuidados, também o deve ser feita àquele que é colocado em situação de abandono afetivo por aquele que tem o dever legal de prover-lhes os sagrados deveres constitucionais insculpidos no art. Art. 227.

Como vimos ao longo do texto, uma “nação na qual os abandonados são recorrentes é por excelência uma nação em que a lei não é cumprida”, posto que pessoas que crescem sem autoridade, não aprenderão a respeitá-la, o cidadão que

cresce sem afeto, não aprenderá a dá-lo, um ser que cresce desconhecendo a compaixão e a cumplicidade, não aprenderá a praticá-la. Aquele que cresce conhecendo o rancor, o sentimento de abandono, de descaso, de desfiliação, de desamor só compreenderá que isso é o que mundo tem a lhe oferecer, e só isso é buscará dele, corrompendo a sociedade que o cerca e a si mesmo.

8 BIBLIOGRAFIA

ABREU, Carla Saraiva. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Relação às Pessoas com Nanismo, Revista Prática Jurídica, Brasília, DF, nº 126, pág. 20 a 23, edição de 30 de setembro de 2012.

BRASIL, Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo, 04 de fevereiro de 2013. Disponível na internet: <http://www.jurisway.org.br/v2/noticia.asp?idnoticia=98497>. Acesso em: 08/10/2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/10/2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL, Movimento Interfóruns de Educação Infantil do Brasil. Educação Infantil: Construindo o Presente. Campo Grande, MS, Editora UFMS, 2002.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4294/2008. Autoria: Deputado Carlos Bezerra. Disponível na internet: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em 08/10/2013.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 700.2007. Autoria: Senador Marcelo Crivela. Disponível na internet:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516.

Acesso em 08/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24/04/2012. Disponível na internet:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 08/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível (AC) nº 79848 SC 2010.007984-8, da Câmara Especial Regional de Chapecó, Chapecó, SC, 10/06/2010. Disponível na internet: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18425478/apelacao-civel-ac-79848-sc-2010007984-8>.

Acesso em: 08/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível AC: 20130401154 SC 2013.040115-4 (Acórdão), da Primeira Câmara de Direito Civil Julgado, Florianópolis, SC, 05/08/2013. Disponível na internet: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24156435/apelacao-civel-ac-20130401154-sc-2013040115-4-acordao-tjsc>. Acesso em: 08/10/2013.

CACHATE. João Paulo. Direito Administrativo Personalizado *Versus* Lei nº 8112/90: Um Choque de Valores entre a Princiologia Humanizada e a Realidade Normativa Retrógrada e Lacônica. Revista Prática Jurídica, Brasília, DF, nº 124, pág. 15, edição de 31 de julho de 2012.

CALDERON, Ricardo Lucas. O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, PR. 2011. Disponível na internet: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 08/10/2013.

COCHLAR, Isabel. Duplo Encargo do Abandono Afetivo. Revista Jurídica Consulex, Brasília, DF, nº 378, pág. 41, Ano XVI, edição de 15 de outubro de 2012.

DIAS, Ronaldo Garcia. Direito penal: o crime de abandono material, as crianças e adolescentes infratores. Disponível na internet: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Ronaldo_Garcia/DireitoPenal.pdf. Acesso em 08/10/2013.

ESTEVES, Felipe. Decisão sobre abandono abre hipóteses de indenização. Felipe Esteves. 04/05/2012. <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/decisao-stj-abandono-afetivo-abre-hipoteses-indenizacao>. Acesso em: 08/10/2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em 08/10/2013.

LÔBO, Paulo. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. Revista Jurídica Consulex, Brasília, DF, nº 378, pág. 40, Ano XVI, edição de 15 de outubro de 2012.

MADALENO, Rolf. A Afetividade. Revista Jurídica Consulex, Brasília, DF, nº 378, pág. 27, Ano XVI, edição de 15 de outubro de 2012.

NETTO, José de Souza Brandão. O Código Penal como auxiliar contra a evasão escolar. Disponível na internet: <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2065637/o-codigo-penal-como-auxiliar-contr-a-evasao-escolar>. Acesso em 08/10/2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Afetividade como fonte de obrigação jurídica. 26/06/2012. Disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica>. Acesso em: 08/10/2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e SILVA, Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em: 08/10/2013.

RODRIGUES, João Gaspar. Abandono Afetivo Parental e a Desastrada Abordagem pela Dogmática Jurídica, Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF, nº 378, pág. 42, Ano XVI, edição de 15 de outubro de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo. Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva. 04/05/2012. Disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>. Acesso em 08/01/2013.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. Revista Jurídica Consulex, Brasília, DF, nº 378, pág. 28, Ano XVI, edição de 15 de outubro de 2012.

VILAS-BÔAS. Renata Malta. Homem, Pessoa e Personalidade – Parte III: Dignidade da Pessoa Humana. Revista Prática Jurídica, Brasília, DF, nº 127, pág. 17 a 22, Ano XI, edição de 31 de outubro de 2012.

WHITE, Ellen G. Vida em Família. 2ª edição, Tatuí, SP, Casa Publicadora Brasileira, 2001.